



## I VOTI PARTICOLARI NELLA SENTENZA N. 198 DEL 2012 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SPAGNOLO TRA APPROCCI ALLA RELAZIONE AFFETTIVA E DINAMICHE DELL'INTERPRETAZIONE COSTITUZIONALE \*

di Andrea Romano \*\*

SOMMARIO: 1 - Introduzione: voti particolari e dissenso intorno al matrimonio tra persone dello stesso sesso. 2 - Il “voto particolare” nell’esperienza spagnola e nella sentenza n. 198 del 2012. 3 - Garanzia di istituto, matrimonio tra persone dello stesso sesso e revisione costituzionale nei voti particolari “dissenzienti”. Profili di comparazione con le *dissenting opinion* di altre Corti costituzionali in materia di unioni e matrimoni tra persone dello stesso sesso. 3.1 - Voti “immaginari”: a proposito di ulteriori interpretazioni della legge n. 13 del 2005. 3.2 - In particolare: i voti dei giudici Aragón e Ollero. 4 - Ulteriori passaggi problematici: adozione, metodo comparativo, cultura giuridica.

### 1. Introduzione: voti particolari e dissenso intorno al matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Che la sentenza sulla legge n. 13 del 2005 avrebbe profondamente diviso il *Tribunal Constitucional* non può sorprendere. I sette anni che separano la pronuncia dalla proposizione del ricorso, del resto, lasciavano immaginare l’apertura di forti divisioni tra i giudici<sup>1</sup>. Meno scontate, tuttavia, sembrano sia il numero delle opinioni sia la rilevanza delle argomentazioni in esse contenute che interrogano, per un verso, molte delle questioni al centro del dibattito odierno relativo al riconoscimento del matrimonio delle coppie formate da persone dello stesso sesso; per l’altro esse investono, più in generale, la comprensione di alcuni snodi centrali delle costituzioni – le garanzie di istituto, l’interpretazione costituzionale, la revisione

\*Questo contributo rappresenta il testo della relazione tenuta l’8 febbraio 2013 presso il Dottorato di Diritto pubblico dell’Università “La Sapienza di Roma, in occasione del seminario “*Il same sex-marriage nella sentenza del Tribunal constitucional spagnolo del 6 novembre 2012*”.

\*\*Dottorando di ricerca in Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate, presso l’Università, “La Sapienza”.

<sup>1</sup> Si tratta dei voti dissenzienti di Juan José Gonzalez Rivas, Andrés Ollero Tassara e Ramón Rodríguez Arribas e di quello concorrente formulato da Manuel Aragón Reyes.

costituzionale – e del diritto costituzionale spagnolo – a cominciare dall’esperienza di questo ordinamento in materia di “voto particular”.

L’oggetto della sentenza è sembrato particolarmente adatto ad una lettura della stessa attraverso l’analisi dei voti particolari, nella misura in cui l’analisi di questi permette di aprire una finestra sulle molteplici posizioni che da tempo interrogano la questione del riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso. Posizioni, in realtà, non riducibili entro agili schemi in quanto, tanto tra i favorevoli che tra i contrari al riconoscimento giuridico del matrimonio tra persone dello stesso sesso, si confrontano percorsi di riflessione che possono risultare anche molto distanti fra loro<sup>2</sup>.

In estrema sintesi, al riconoscimento da parte della opinione di maggioranza della legittimità costituzionale dell’intervento del legislatore, che non giunge in ogni caso a configurare un diritto costituzionale per le coppie omosessuali a contrarre matrimonio, si oppongono i voti di Ollero, Rivas e Rodriguez che contestano la possibilità di aprire l’istituto matrimoniale alle coppie dello stesso sesso, riconoscendo, tuttavia, la possibilità di altre forme di unione (Rivas è esplicito in questo). Il voto concorrente di Aragón concorda sull’esito ma non sul procedimento argomentativo, come si avrà modo di dire.

Sul contenuto dei singoli voti – e sul resto delle posizioni che non hanno trovato spazio nella sentenza – ci si soffermerà nei paragrafi successivi.

Prima di esaminare le argomentazioni dei giudici, tuttavia, la rilevanza dei voti particolari verrà in un primo momento valutata alla luce dell’esperienza spagnola sull’istituto del dissent (2); quindi, si proverà a mettere in relazione i voti particolari della Corte spagnola con i *dissents* espressi dai giudici in alcune sentenze in materia di matrimonio tra persone dello stesso sesso che sembrano particolarmente significativi (Germania, Portogallo) al fine di rintracciarne gli aspetti di continuità e al contempo di peculiarità (2). Su questi ultimi profili, in particolare, ci si soffermerà nella parte finale, anche attraverso l’approfondimento di alcuni dei voti che sono sembrati più rilevanti (3).

## 2. Il voto *particular* nell’esperienza spagnola e nella Sentenza n. 198 del 2012.

I voti particolari della sentenza sembrano dimostrare la centralità del *dissent* rispetto ai processi di legittimazione delle Corti, e a quelli di integrazione delle costituzioni, in quanto strumento che consente di manifestare nella sfera pubblica le dinamiche conflittuali che si vanno

<sup>2</sup> Alla molteplicità degli indirizzi conservatori occorre infatti affiancare la diversità di posizioni tra coloro che promuovono l’emancipazione degli omosessuali attraverso il riconoscimento di strumenti di protezione per le coppie *same-sex*: cfr. al riguardo i lavori di M. NUSSBUAM, *Disgusto e umanità*, Milano, il Saggiatore, 2011 e C. SUNSTEIN, *Homosexuality and the Constitution*, ora trad. it. in *A cosa servono le Costituzioni. Dissenso politico e democrazia deliberativa*, Bologna, Il Mulino, 2009, 255 ss, da un lato e J. BUTLER, *La disfatta del genere*, Firenze, Meltemi, 2006. Riassume di recente il dibattito tra queste indirizzi, definendo liberali i primi e liberazionisti i secondi G. GAMBINO, *Le unioni omosessuali. Un problema di filosofia del diritto*, Milano, Giuffrè, 2007, 91 ss.

articolando intorno alle norme costituzionali<sup>3</sup>. In quest’ottica, nella sentenza n. 198 del 2012 la dialettica maggioranza/voti particolari permette di toccare con mano un processo di maturazione ed integrazione del tessuto sociale, all’interno del quale, tuttavia, come testimoniano alcuni voti particolari, permangono solide istanze conservatrici.

Un processo di maturazione e di integrazione, si può aggiungere, riflesso di tensioni tutt’altro che recenti: infatti, a testimonianza del radicamento delle istanze di riconoscimento delle potenzialità emancipative che derivano dalla protezione dell’orientamento sessuale e dei diritti degli omosessuali, si può ricordare che già in seno all’Assemblea costituente l’art. 30 dell’*Anteproyecto constitucional* del PSOE così recitava: “ogni persona ha diritto allo sviluppo e alla libera disponibilità della sua affettività e della sua sessualità”<sup>4</sup>. Un dato questo che se talvolta utilizzato a rafforzamento di interpretazioni storico-testualiste<sup>5</sup>, potrebbe al contrario contribuire a rilevare il radicamento nella società spagnola dell’istanza di superamento del paradigma eterosessuale del matrimonio e a ridimensionare la forza dell’argomento tradizionalista, nella misura in cui il processo generativo dei nuovi spazi di libertà offerti dal legislatore del 2005 non sembra potersi esaurire nel quadro del più generale indirizzo politico che ha ispirato le riforme del primo governo Zapatero ma sembra avere, appunto, origini più profonde.

Tuttavia, la rilevanza del voto particolare rispetto alla capacità di manifestazione e di articolazione delle conflittualità sociali è stata accompagnata da un ricorso infrequente a questo istituto. Infatti, seppure in principio accolto e generalmente apprezzato dalla dottrina<sup>6</sup>, il voto particolare è stato per lungo tempo uno strumento in media poco utilizzato (dal 1981 al 2008 ha riguardato in totale il 4% delle sentenze) e anche di recente è stato descritto in termini di “monotonia”, anche perché alla limitatezza del dato numerico la dottrina talvolta ha aggiunto una rilevanza limitata anche sul piano dei contenuti, trovandosi divisioni che si incentrano più frequentemente su profili tecnici e che meno spesso coinvolgono “questioni dogmatiche forti”<sup>7</sup>, uno scarso impatto tanto sulla legislazione successiva quanto sulla giurisprudenza del Tribunal, infine poco “personalismo” giudiziario<sup>8</sup>. Tali caratteri del voto particolare peraltro si sono riflessi nella rarità di approfondimento dottrinale, dopo una prima fase di studi importanti<sup>9</sup>.

<sup>3</sup> Tra i contributi di maggior pregio sul tema cfr. G. CÁMARA VILLAR, *Votos particulares y derechos fundamentales en la practica del Tribunal Constitucional*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993. Cfr. anche L. LUATTI, *Profili costituzionali del voto particolare*, Milano, Giuffrè, 1995, G. ROLLA, *Indirizzo politico e Tribunal costituzionale in Spagna*, Napoli, Jovene, 1986. Si sofferma sul rapporto tra legittimazione delle Corti e voti dissenzienti G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti*, Torino, 2005. Cfr. inoltre il ricco contributo di A. RIDOLFI, *Interpretazione costituzionale, positivismo giuridico ed opinione dissenziente (Note a margine di alcune recenti pubblicazioni)*, Nomos, 471 ss, spec. 474.

<sup>4</sup> Cfr. L. PRIETO SANCHEZ, *Le relazioni Chiesa Stato alla luce della nuova Costituzione: problemi fondamentali*, in E. GARCÍA de ENTERRÍA, A. PREDIERI (a cura di), *La Costituzione spagnola del 1978*, Milano, Giuffrè 1982, 325.

<sup>5</sup> Lo rileva M. IACOMETTI, *La tutela della famiglia in Spagna*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2010, 617.

<sup>6</sup> Così F. FERNANDEZ SEGADO, *Las dissenting opinions*, in Id., *La Justicia Constitucional: una vision de derecho comparado*, Madrid, Dykinson, 2008, spec. 440.

<sup>7</sup> In questi termini si esprime C. GUERRERO PICÓ, *L’opinione dissenziente nella prassi del Tribunal Constitucional Spagnolo (1994-2009)* in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), spec. 19 ss.

<sup>8</sup> Così L. LUATTI, *Profili costituzionali del voto particolare*, cit.

<sup>9</sup> Oltre al già citato lavoro di CÁMARA, cfr. la monografia di F. J. Enzqiagua Ganuzas, *El voto particular*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1990.

Al tempo stesso, tra le caratteristiche con cui la maggior parte della dottrina spagnola valuta favorevolmente l'introduzione del voto particolare sono genericamente citate: la capacità di contribuire, almeno potenzialmente, alla formazione di un *iter* argomentativo più chiaro – in quanto meno dipendente dalla necessità di articolarsi intorno ad un punto di consenso –; l'indipendenza dei giudici dalle forze politiche; la possibilità di conferire trasparenza alla decisione del Tribunale e di dar voce così alle molteplici linee di frattura della società spagnola, permettendo al tempo stesso di allargare “l'uditorio” delle pronunce oltre gli specialisti del diritto. In particolare, ciò potrebbe contribuire a rafforzare l'autorità del *Tribunal Constitucional* nella misura in cui tanto le forze politiche quanto i destinatari delle norme interpretate possono comprendere meglio i processi di adozione delle decisioni e “rispettare” così le relative decisioni<sup>10</sup>: a tale proposito ci si può forse domandare se il fatto che il *dissent* non si leghi necessariamente ad una perdita di autorevolezza del Tribunale possa trovare una conferma, sia pure parziale, nella decisione del governo Rajoy di non modificare la legge del 2005, come pure aveva annunciato nella campagna elettorale.

Occorre in ogni caso segnalare che sembra essersi affermata negli ultimi anni una controtendenza rispetto a quanto fin qui rilevato, dimostrata da un crescente ricorso al *voto particular* che ha riguardato nel periodo tra il 2000 e il 2008 il 15% delle sentenze. Una crescita di tale istituto che almeno in parte potrebbe essere ricondotta all'accrescimento delle tensioni all'interno del *Tribunal constitucional*, che recentemente si sono manifestate – dalla ricusazione del giudice Perez Trepms alla sentenza sullo Statuto catalano nella relativa sentenza, passando per la nomina dei nuovi giudici costituzionali<sup>11</sup> –; tensioni ricondotte come noto ad una frattura sempre più marcata tra la componente conservatrice e quella progressista.

Allora, rispetto al quadro descritto in precedenza ci si può chiedere se il numero di voti particolari, il fatto che essi coinvolgano “questioni dogmatiche forti”, l'accento ideologico che in due dei voti presentati sembra possibile riscontrarsi, debbano essere una conferma delle tensioni che hanno nella fase più recente coinvolto il *Tribunal constitucional* oppure se invece le stesse interrogino qualcosa di più profondo. Non sembra infatti che ci si possa avvicinare alla questione dell'esito della sentenza dal punto di vista della maggioranza e dei voti dissenzienti senza le opportune problematizzazioni.

In sostanza, una riproposizione delle accuse della divisione della Corte spagnola in “blocchi”, che pure ha nella fase più recente assunto tratti particolarmente accesi non sembra portare troppo lontano. Difficilmente, infatti, si sarebbe potuto attendere un maggior grado di compattezza dalla sentenza; al contempo, non dovrebbe destare troppa meraviglia che in questa materia il voto di Ollero, ex deputato del PP e la cui vicinanza ad ambienti del mondo cattolico particolarmente avversi al riconoscimento del matrimonio tra omosessuali è nota, abbia mosso nei confronti della maggioranza critiche particolarmente vibranti.

Ciò che al contrario può rilevarsi da una prima lettura dell'opinione di maggioranza e dei voti dissenzienti sembra essere l'intreccio tra fratture riguardanti assetti teorici rilevanti del diritto e dell'interpretazione costituzionale e, al contempo, dell'esistenza umana. Un giudizio, quindi che

<sup>10</sup> Così L. LUATTI, *Profili costituzionali del voto particolare*, e Rubio, 417.

<sup>11</sup> Ricostruisce la vicenda M. IACOMETTI, *Il difficile rinnovo del Tribunale costituzionale e le “peripezie” della sua legge organica*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2011, 172 ss.

sembra doversi porre al di là della critica dei “blocchi politici” e della dipendenza politica dei giudici di cui più volte il Tribunale è stato oggetto negli ultimi anni, in quanto le suddivisioni sembrano radicarsi ad uno strato più profondo, interrogando la comprensione dei processi di integrazione delle costituzioni. Emblematica di questa lettura sembra essere la divisione dei giudici sul concetto di cultura giuridica, come si vedrà in conclusione. Volendo semplificare se si ammette la possibilità di sintetizzare le divisioni dei giudici in concezioni aperte o introverse della interpretazione costituzionale, sembra possibile scavare ulteriormente all’interno di tali fratture ed affermare che esse riflettono e coinvolgono i processi di relazione tra interprete del diritto e dimensioni della soggettività; l’apertura e l’introversione coinvolgono al tempo stesso l’esperienza della persona e l’esperienza del diritto. Che vi sia un cortocircuito tra comprensione giuridica e comprensione dell’esistenza sembra emergere con particolare nitidezza nel voto di Rodriguez in riferimento alla finalità procreativa del matrimonio e all’adozione su cui ci si soffermerà più avanti.

### **3. Garanzia di istituto, matrimonio tra persone dello stesso sesso e revisione costituzionale nei voti particolari “dissenzienti”. Profili di comparazione con le *dissenting opinions* di altre Corti costituzionali in materia di unioni e matrimoni tra persone dello stesso.**

Il percorso alternativo dei voti discrepanti – escludendo per il momento il voto concorrente di Aragón che si snoda intorno a profili in parte diversi – si articola, principalmente, intorno al tema della garanzia di istituto e della revisione costituzionale. Ulteriori passaggi al centro dell’attenzione dei giudizi dissenzienti riguardano la questione delle adozioni, l’utilizzo dell’argomento comparativo e il ricorso al concetto di cultura giuridica: su questi ultimi profili ci si soffermerà nell’ultimo paragrafo.

In primo luogo viene dunque contestato l’utilizzo da parte dell’opinione di maggioranza del concetto di garanzia di istituto e i rapporti di questo con il diritto a contrarre matrimonio<sup>12</sup>. Per un verso, infatti, a giudizio della Corte, l’intervento del legislatore del 2005 non rompe l’*imagen maestra* della garanzia di istituto del matrimonio: attraverso una interpretazione evolutiva della Costituzione, la maggioranza afferma anzi che l’istituzione del matrimonio “se ha ido asentando” (assestando), come sarebbe dimostrato dal ricorso al diritto comparato e alla giurisprudenza della Cedu, fino a restituire una “nueva imagen del matrimonio, cada vez mas extendida”. Pertanto, secondo la Corte “tras la reforma introducida ... la institución matrimonial se mantiene en terminos perfectamente reconocible para la imagen que, tras una evidente evolución, tenemos en la sociedad española actual del matrimonio”.

<sup>12</sup> In argomento, per un inquadramento generale del problema nell’esperienza spagnola cfr. A. J. BLANC, *Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución*, in *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, 635 ss., nonché P. CRUZ VILLALÓN *Formación y evolución de los derechos fundamentales*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1989/25, 35 ss.

Al contrario, nelle opinioni dissenzienti si insiste sulla *desnaturalización* che l'introduzione del matrimonio tra persone dello stesso sesso comporta, in quanto l'immagine dell'istituzione non sarebbe più riconoscibile in assenza dell'unione tra uomo e donna, perché così tale istituto è compreso secondo una tradizione millenaria (così specialmente Ollero, FJ n. 7). Il problema è quindi delineare i contorni in assenza dei quali si sfoca l'immagine del matrimonio e mutano le finalità rispetto alle quali tale istituto è preordinato: in proposito, l'opinione di maggioranza propone una definizione di matrimonio che evidenzia quali elementi caratteristici dell'istituto la costituzione di una comunità di affetto, l'aiuto reciproco, la prestazione del consenso a rispettare diritti e doveri che derivano dall'unione, indipendentemente quindi dall'orientamento sessuale<sup>13</sup>. Viceversa l'opposizione del genere è evidentemente interpretata come il carattere centrale dell'istituto nelle opinioni dissenzienti in cui si insiste sulla sua pregiuridicità<sup>14</sup> e storicità<sup>15</sup>. Inoltre la dimensione finalistica del matrimonio viene ricondotta alla procreazione<sup>16</sup>. Al riguardo, si può rilevare come la funzione della garanzia di istituto e la sua relazione con i diritti fondamentali fossero i profili attorno ai quali si articolava l'opinione dissenziente del giudice Haas nella sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 2002, relativa all'introduzione delle unioni civili registrate nell'ordinamento tedesco, ritenuta non in contrasto con la Legge fondamentale da parte della maggioranza del Tribunale costituzionale federale tedesco<sup>17</sup>. In quell'occasione, in particolare, il giudice dissenziente rimarcava la “*abwerrechtliche Funktion*” (funzione di difesa) della garanzia di istituto, rivendicandone la priorità rispetto alle altre funzioni<sup>18</sup>, al contrario dell'opinione di maggioranza che aveva invece sostenuto come essa non rilevasse.

Inoltre, tale problema veniva di recente affrontato anche dalla sentenza del Tribunale costituzionale portoghese<sup>19</sup> in cui l'opinione di maggioranza rilevava la differenza della *ratio* della garanzia di istituto nella Costituzione di Weimar – e cioè quella di salvaguardare alcuni istituti di diritto privato dall'intervento del legislatore – dal significato attuale che, per il

<sup>13</sup> F.J., n. 8: il matrimonio è interpretato come una “comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento. Así, la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio con la persona de la propia elección y la manifestación de esa voluntad son las notas esenciales del matrimonio, presentes ya en el Código Civil antes de la reforma del año 2005, y que siguen reconociéndose en la nueva institución diseñada por el legislador”.

<sup>14</sup> Così Rivas: “Esa configuración preexistente, proyectada en la realidad social y jurídica y reconocida en la Constitución, permite considerar que la unión de un hombre y una mujer, es la nota esencial que reconoce el precepto constitucional y vincula al legislador ordinario (art. 53.1 CE).”

<sup>15</sup> Cfr. Ollero che parla della “milenaria institución social”.

<sup>16</sup> V. in particolare il voto di Rodriguez secondo cui “ademas de todos los componentes jurídicos del matrimonio, este es también una unión sexual que la Naturaleza destina a la perpetuación de la especie humana”.

<sup>17</sup> Su questa sentenza v. F. SAITTO, “Particolare tutela del matrimonio”, principio di uguaglianza e garanzia di istituto: le unioni civili davanti al Tribunale costituzionale federale tedesco, in IANUS, 4/2011, 109 ss, che si sofferma in particolare su questo voto dissenziente.

<sup>18</sup> “... insoweit ist vorrangig die abwerrechtliche Funktion des Art. 6 Abs. 1 GG”, pt. 136.

<sup>19</sup> Si tratta della sentenza n. 120 del 2010 con cui il TC portoghese ha respinto il ricorso sollevato dal Presidente della Repubblica successivamente all'entrata in vigore della legge che introduceva il matrimonio tra persone dello stesso sesso. S questa decisione cfr. E. CRIVELLI, *Il matrimonio omosessuale e la ripartizione di competenze tra legislatore e organo di giustizia costituzionale: spunti da una recente decisione del Tribunale costituzionale portoghese*, in *www.rivistaic.it* e I. M. BARROSO, *Casamento entre pessoas do mesmo sexo: um “direito fundamental” à medida da lei ordinaria?*, in *Lex Familiae. Revista Portuguesa de Direito da Família*, 13/2007, 57 ss.

Tribunale, non può consistere nella conservazione ma deve essere riletto alla luce dei principi della Costituzione portoghese che impone invece di considerare il matrimonio “no quadro de um sistema de direitos fundamentais axialmente centrado na dignidade da pessoa humana (artigo 1º da Consituição) sofrem compressão do seu núcleo essencial de realização”. Come si vedrà l’immersione degli strumenti di garanzia presenti nella costituzione all’interno di un sistema di valori che ruota intorno alla centralità della persona, sarà un profilo particolarmente avvertito dalla maggioranza del TC spagnolo, e al contempo oggetto di contestazione soprattutto nell’opinione di Ollero. L’interpretazione della garanzia di istituto è collegata alla valutazione della struttura essenziale del matrimonio, come unione tra un uomo e una donna, e alla finalità dello stesso in cui si rileva l’opposizione tra funzione biologica/funzione emancipatrice<sup>20</sup>. Il giudice dissenziente tedesco, nella sentenza citata, approfondisce infatti i caratteri strutturali e teleologici del matrimonio, rilevando che le unioni tra persone dello stesso sesso non possiedono quelle caratteristiche che giustificano la speciale promozione del matrimonio in quanto esse, non essendo dirette alla procreazione, non contribuiscono allo sviluppo futuro dello Stato e della società (“erbringt dadurch keinen Beitrag für die Zukunftsfähigkeit von Staat und Gesellschaft”).

Questo aspetto emergeva anche nella citata decisione del Tribunale costituzionale portoghese in cui l’opinione di maggioranza rilevava: “(a) diversidade de sexos seria apenas imprescindível para que a comunhão no plano sexual pudesse levar à geração de filhos biologicamente comuns, finalidade a que o casamento não está constitucional nem legalmente adstrito. Na verdade, a comunhão de vida entre duas pessoas, caracterizada pela partilha e entreaajuda, num percurso de vida comum juridicamente disciplinado, com carácter tendencialmente perpétuo, também está naturalmente ao alcance de duas pessoas do mesmo sexo que assim queiram vincular-se, uma para com a outra e perante o Estado, e serem como tal reconhecidas pela comunidade”. In particolare, proseguiva il giudice portoghese, il legislatore può scegliere di privilegiare un intento simbolico su quello “biologico” e di “optimizar o efeito social antidiscriminatorio”. A questa visione del matrimonio si opponevano i giudici dissenzienti, che rilevavano come lo scopo del matrimonio consistesse nel rinnovare le generazioni, impossibile per natura tra persone dello stesso sesso<sup>21</sup>. Ebbene, una lettura simile a tali opinioni emerge come accennato, nel voto di Rodriguez del Tribunale spagnolo, in cui si evidenzia che il fine del matrimonio consiste nella “perpetuación de la especie humana”.

Tornando più in generale alla sentenza della Corte spagnola, quindi, corollario della visione dell’istituto secondo i giudici dissenzienti è che al legislatore sarebbe preclusa l’introduzione del matrimonio tra persone dello stesso sesso in mancanza di una revisione del testo costituzionale. Come rilevato da Ibrido<sup>22</sup>, il discorso dell’opinione di maggioranza si iscrive in un modello intermedio di ampliamento degli spazi di libertà degli omosessuali che cioè esclude la necessità dalla revisione costituzionale e al contempo non configura il diritto di contrarre matrimonio

<sup>20</sup> Per un approfondimento sulle funzioni del matrimonio v. M. NUSSBAUM, *Disgusto e umanità*, cit.

<sup>21</sup> Cfr., in particolare, l’opinione del giudice Benjamin Rodrigues.

<sup>22</sup> Cfr. R. IBRIDO, “Ritorno alla comparazione”. *Note a margine della sentenza del Tribunale costituzionale spagnolo sul matrimonio omosessuale*, cit., 2 dal dattiloscritto.

come un diritto costituzionale ma come opzione che il testo costituzionale avrebbe lasciato aperta nei confronti del legislatore.

Sul punto desta interesse la posizione di Rivas che fa riferimento al concetto di “mutación constitucional”<sup>23</sup> e il rilievo di Aragón secondo cui certe argomentazioni (v. *infra*) corrono il rischio di trasformare la Corte in un *poder constituyente permanente*. Nuovamente sembra possibile fare riferimento alla giurisprudenza delle altre Corti citata in precedenza. In particolare, tale profilo emergeva con particolare nitidezza nelle opinioni dissenzienti contenute nella sentenza portoghese citata, le quali accusavano la maggioranza di aver realizzato una *mutação constitucional*, mediante la trasformazione della Corte costituzionale in un potere costituente.

In particolare rispetto al dibattito della dottrina tedesca sulla *Verfassungswandel*, tanto i giudici spagnoli quanto quelli portoghesi sembrano accogliere, tra le diverse interpretazioni offerte dalla dottrina tedesca, un indirizzo restrittivo di tale nozione<sup>24</sup>, trascurando quindi quegli itinerari di ricerca sensibili ad evidenziare, dapprima, la complicazione tra l’“ambito normativo” e il “programma normativo”<sup>25</sup> – e più in generale tra realtà e costituzione – e, successivamente, approfondendo tali esiti, ad una valorizzazione della temporalità dell’interpretazione costituzionale che impone di includere i processi di crescita all’interno delle norme costituzionali<sup>26</sup>. In particolare, nella consapevolezza di una proposta che rifugge da

<sup>23</sup> Cfr. su tale concetto il voto di Rivas: “la inclusión de las parejas del mismo sexo en la garantía constitucional del matrimonio implica reconocer una actuación que era indisponible por el legislador ordinario, lo que supone una mutación constitucional, al margen del procedimiento de reforma previsto en el artículo 167 de la CE”. Cfr. per le argomentazioni sulla necessità della revisione costituzionale i voti di Ollero, spec. al punto 5 e Rodríguez, punto 2.

<sup>24</sup> L’eco della posizione di Böckenförde, in particolare, sembra evidente: cfr. ID., *Note sul concetto di mutazione costituzionale, in Stato, costituzione, democrazia. Saggi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2006, 603 ss. Cfr. in particolare il passaggio in cui discute le posizioni di Müller e di Hesse, rigettando la concezione secondo cui la realtà regolata dalla norma è parte costitutiva di quest’ultima con la conseguenza che si realizza una modifica del contenuto della norma mediante la modifica della realtà verso cui la norma è rivolta. Per, B., invece, “non è un qualsiasi mutamento della realtà ... a modificare la specifica azione che la norma esercita; una tale modifica può configurarsi solo laddove mutino le condizioni che sono considerate dal programma normativo definito in modo sostanziale dal testo costituzionale. Il punto decisivo è che non viene modificato il programma normativo di una norma costituzionale, ma che tale programma viene approfondito – nel suo contenuto già dato e stabilito – tramite i mezzi, riconosciuti come ausiliari dall’interpretazione”, 621-622. Sembra quindi sostenere B. che l’evoluzione della realtà incide nel contenuto della norma fintantoché non pregiudica il contenuto della norma che risulta predeterminato, potendosi quindi delineare due concezioni dell’inveramento della costituzione, che oscillano dalla predeterminazione della norma (e del suo “programma”) alla concezione del mutuo confronto tra realtà e norma. Cfr. P. CRUZ VILLALÓN, che ridimensiona le differenze tra B. e H., nell’introduzione a *Escritos*, cit., XX; cfr. anche di B. *Die Methoden der Verfassungsinterpretationen in Neue Juristische Wochenschrift*, 46, 1976, 2089 ss.

<sup>25</sup> Cfr. K. HESSE, *Limites de la revision constitucional*, “si la norma abarca los datos de la realidad afectados por el programa normativo como parte material integrante de la misma, el ámbito normativo las modificaciones de este último deben llevar a una modificación del contenido de la norma, que tuttavia especifica tale posizione affermando che la instancia que decide si el cambio factico puede ser relevante para la norma, es decir, si el hecho modificado pertenece al ámbito normativo es el programa normativo que se contiene sustancialmente en el texto de la norma constitucional”. Si riferisce proprio a questa interpretazione della mutazione costituzionale G. CÁMARA, per proporre una ricostruzione diversa della questione del matrimonio omosessuale v. *infra*.

<sup>26</sup> Cfr. P. HÄBERLE, *Stato costituzionale*, in *Enc. giur.*, XIX, Roma, Treccani, 2000, le cui riflessioni sulla mutazione costituzionale giungono a ritenere che sia ammissibile parlare di *Verfassungswandeln* nella misura in cui si abbia la consapevolezza che essa si realizza attraverso l’interpretazione costituzionale (a differenza di Böckenförde che teneva distinta l’interpretazione costituzionale dalla mutazione costituzionale) e che quest’ultima non si esaurisce nell’attività della corte costituzionale ma coinvolge molteplici attori. La riconduzione del concetto di mutazione costituzionale era già presente in *Zeit und Verfassung*, 82 ss. ove H. affermava che “(Offene) Verfassungsinterpretation kennt entsprechend ihrer Eigenart kein besonderes Institut “Verfassungswandeln”. Es gibt fuer sie keine Vorgegebenheiten ausser dem Verfassungstext. Da diesere meist unbestimmt ist und von der Interpretation lebt, kann er sich auch nicht eigentlich „wandeln“. Sulla posizione di Häberle v. le critiche di Böckenförde nel testo citato in relazione al dissolvimento della mutazione costituzionale nell’interpretazione, cfr. *Note*, cit., 620 ss. Mentre secondo Häberle “Verfassungsinterpretationen oder



sistematizzazioni definitive e che deve misurarsi con l' "equilibrio del massimo rispetto"<sup>27</sup>, Hesse avrebbe sostenuto la possibile convivenza tra la considerazione della realtà come parte costitutiva della norma e come tale idonea a produrre un cambiamento nel contenuto di questa e una dottrina dei limiti della mutazione costituzionale mediante il mantenimento della centralità del testo costituzionale, considerando il dato reale non esterno alla norma nella misura in cui "la modificación del contenido de la norma es comprendida como cambio en el interior de la norma constitucional"<sup>28</sup>.

### 3.1. Voti "immaginari": a proposito di ulteriori interpretazioni della legge n. 13 del 2005.

Il titolo del paragrafo trae spunto da una lucida osservazione della Prof.ssa Silvia Niccolai che, al seminario indicato alla nota 1 di questo contributo, esordiva rilevando l'assenza di un'opinione dissenziente che problematizzasse il riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso, a partire dalla convergenza tra dimensioni del principio di eguaglianza e percorsi di affermazione della propria sessualità attraverso la scelta di relazioni affettive alternative rispetto a quelle istituzionalizzate, le quali nel *same sex marriage* potrebbero rintracciare i rischi di un'operazione assimilatrice. Ebbene, la tensione tra le istanze di maggiore protezione dei diritti che si accompagnano al riconoscimento del matrimonio omosessuale e il contestuale rischio di piegare quelle stesse istanze al paradigma eterosessuale, incardinandole entro una direzione di "normalizzazione", sottovalutando (e creando nuove gerarchie rispetto ai) percorsi di sviluppo delle relazioni affettive alternativi rispetto a tale modello, contribuendo in questo modo a delegittimarne le potenzialità emancipative<sup>29</sup>, è invero un tema che richiede attenzione e che al tempo stesso risulta scarsamente rappresentato tanto nel dibattito politico che nelle pronunce giurisprudenziali.

Lo spunto, quindi, può essere l'occasione per rilevare come lo spettro delle ricostruzioni possibili rispetto al tema del riconoscimento del matrimonio omosessuale superi la dialettica tra maggioranza e voti particolari all'interno della Corte che, come si è visto, si articola intorno ad un'alternativa binaria, in cui cioè l'interpretazione della relazione tra l'art. 32 della Costituzione

---

Verfassungsänderung bzw. Verfassungsbruch – tertium non datur!”, B. ricostruisce la mutazione costituzionale come categoria giuridica intermedia tra l'interpretazione costituzionale e la sua revisione.

<sup>27</sup> Così K. Hesse, *Limites*, cit., 114, citando un'espressione di Lerche.

<sup>28</sup> Cfr. K. Hesse, *Limites* cit., 110.

<sup>29</sup> Cfr. J. BUTLER, *La disfatta del genere*, cit. "l'esigenza di essere riconosciuti, che rappresenta una richiesta politica molto potente, può condurre a nuove forme di gerarchia sociale, a un'esclusione prematura della sfera sessuale e all'estensione e al rafforzamento del potere statale ... in effetti, richiedere il riconoscimento statale significa, in verità, restringere il campo di riconoscibilità degli assetti sessuali legittimi, rafforzando così lo Stato come fonte della norma di riconoscimento e obliterando le altre possibilità inerenti alla società civile e alla vita culturale", 145-146. Inoltre in una intervista recente (<http://mrzine.monthlyreview.org/2009/butler160509.html>) P.A. afferma, per un verso, che "Of course, if marriage exists, then homosexual marriages should also exist; marriage should be extended to all couples irrespective of their sexual orientation". Tuttavia, aggiunge Butler, "there are forms of sexual organisation that do not imply monogamy, and types of relationship that do not imply marriage or the desire for legal recognition ... I agree that the right to homosexual marriage runs the risk of producing a conservative effect, of making marriage an act of normalisation, and thereby presenting other very important forms of intimacy and kinship as abnormal or even pathological".

spagnola e il matrimonio tra persone dello stesso sesso oscilla tra opzione legislativa e necessità della revisione costituzionale.

In quest'ordine di idee si può riflettere sul fatto che nell'opinione di maggioranza la consapevolezza della portata dell'eguaglianza sembra essere interamente utilizzata per respingere il ricorso del *Partido popular* che riteneva l'introduzione del matrimonio omosessuale lesiva dell'art. 14 CE nella misura in cui questo imporrebbe di trattare situazioni diverse in modo diverso. Sembra tuttavia avvertirsi nell'opinione di maggioranza la mancanza di una riflessione intorno alla portata egualitaria che l'introduzione del matrimonio ha comportato e che probabilmente si iscrive nel quadro di una più generale sottovalutazione del profilo soggettivistico del matrimonio<sup>30</sup>, soprattutto considerando che l'apprezzamento della legge era stato argomentato da molti autori proprio a partire dal riassorbimento della frattura tra l'art. 14 CE – la cui clausola finale “qualsiasi altra condizione o circostanza personale e sociale”, implicitamente includerebbe il divieto di discriminazioni in ragione dell'orientamento sessuale – e l'interpretazione dell'art. 32 CE inteso come norma unicamente riferibile alle coppie eterosessuali<sup>31</sup>.

Inoltre, sembra indirizzarsi verso una ulteriore ricostruzione rispetto al tema del riconoscimento del matrimonio, proprio attraverso il ricorso al concetto di mutazione costituzionale, Cámara Villar che propende per una rilettura della garanzia di istituto del matrimonio che allargherebbe la titolarità dello stesso anche alle coppie omosessuali, le quali quindi vedrebbero riconosciuto direttamente nel testo costituzionale il loro diritto a sposarsi<sup>32</sup>; se infatti si lasciasse alla discrezionalità del legislatore la possibilità di riconoscere o meno il matrimonio nei confronti delle coppie omosessuali la garanzia di istituto perderebbe la sua tradizionale funzione di offrire uno strumento di resistenza al mutare degli indirizzi politici di maggioranza<sup>33</sup>. Tale mutazione costituzionale non è *contra constitutionem* in quanto essa, a giudizio dell'autore, rientra nelle virtualità contenute nel testo della costituzione, in quanto

<sup>30</sup> Critico rispetto all'utilizzo della categoria della garanzia di istituto che trascurerebbe il profilo dei diritti fondamentali meritevole invece di maggiore valorizzazione in quanto il matrimonio è innanzitutto una “esfera vital”, M. A. PRESNO LINERA, *Comentario a la Sentencia 198/2012 del Tribunal Constitucional español sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo* in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), “El Tribunal Constitucional podría haber llegado a la misma conclusión que la STC 198/2012 argumentando, en términos de derechos y no de garantías institucionales, que el Legislador ha corregido la exclusión de la diferencia basada en la orientación sexual al disponer en el artículo 44 del Código Civil que “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo. Al hacerlo ha convertido la prohibición de discriminación en igualdad de derecho a casarse”. Dello stesso autore cfr. ora *El matrimonio: ¿Garantía institucional o esfera vital? A propósito de la STC 198/2012, de 6 Noviembre, sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo y la jurisprudencia comparada*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 19/2013. Attraverso questa ricostruzione, peraltro, l'A. sembra giungere ad una soluzione ulteriormente inclusiva rispetto a quella a cui è giunta la sentenza nella misura in cui si riconosce la situazione di incostituzionalità laddove la legge non consentisse agli omosessuali di contrarre matrimonio: “lo inconstitucional era una situación normativa en la que un grupo de personas quedaban excluidas, pese a concurrir en ellas una condición protegida por la Constitución, del ejercicio de un derecho garantizado por esa misma norma”.

<sup>31</sup> Cfr. al riguardo, BARRERO ORTEGA, *Matrimonio y res pública constitucional*, in *Estudios sobre la Constitución Española: homenaje al profesor Jordi Solé Tura*, Madrid, Cortes Generales, 2008, 1045 ss., “la opción por la “integración en bloque” de las uniones homosexuales en el matrimonio asegura la equiparación jurídica más completa posible ... Se requiere una ley que regule el matrimonio. Porque de lo que se trata es de reivindicar la igualdad en el ejercicio de ese derecho constitucional; de lo que se trata es de que todos los ciudadanos, independientemente de su orientación sexual, sean iguales en el ejercicio de ese derecho fundamental”

<sup>32</sup> Cfr. G. CÁMARA VILLAR, *Derecho al matrimonio y matrimonio entre personas del mismo sexo*, in *Derechos Fundamentales & Justicia*, 5/2011, 13 ss., spec. 32 ss.

<sup>33</sup> Cfr. G. CÁMARA VILLAR, *Derecho al matrimonio*, cit., a proposito dell'esito della sentenza della C. cost. n. 138/2010.

sarebbe lo stesso art. 32 ad includere possibilità di sviluppo consentendo che titolari del diritto a contrarre matrimonio siano, separatamente, l'uomo e la donna<sup>34</sup>. Ma evidentemente il tenore letterale della norma è solo l'appoggio, alla luce dell'evoluzione storico-sociale del concetto di matrimonio, per una “interpretación integrada del texto constitucional” che “lleva a adoptar necesariamente la perspectiva de considerar a la institución desde el prisma que proporciona el valor irradiante de los derechos fundamentales y los principios que los sustentan”<sup>35</sup>

Che l'apertura al legislatore dello sviluppo del matrimonio possa costituire una minaccia futura al diritto delle coppie omosessuali di contrarre matrimonio non è viceversa sentito come un pericolo da parte della maggioranza della Corte spagnola e sembra avvertirsi, pertanto, l'assenza di un “quinto” voto particolare sensibile a tale problema<sup>36</sup>.

### 3.2. In particolare: i voti di Ollero e Aragón.

Così poste le questioni principalmente affrontate nei voti particolari ed evidenziati i profili di continuità con le decisioni di altri importanti *dissents* in quest'ambito, si intendono approfondire gli aspetti maggiormente problematici delle opinioni espresse nella sentenza attraverso l'analisi dei voti di Ollero e di Aragón, la cui giustapposizione può consentire di evidenziare con particolare nitidezza la distanza dei percorsi di riflessione in quest'ambito e di toccare con mano l'innesto di concezioni antitetiche del diritto e della società nella sfera pubblica attraverso l'istituto del *dissent*.

Se, da un lato, infatti il voto di Ollero si distingue per rivelarsi la critica più accesa alla configurazione del matrimonio tra persone dello stesso sesso, propendendo per la conservazione del matrimonio come istituzione pregiuridica, dall'altro il voto concorrente di Aragón, pur non discutendo gli esiti della sentenza, contesta diverse argomentazioni utilizzate dall'opinione di maggioranza, soffermandosi con particolare attenzione sull'utilizzo del concetto di interpretazione evolutiva. Seppure questa critica sia comune agli altri voti è nell'opinione del costituzionalista che essa assume i contorni più definiti.

Il giudizio di Aragón è che sia stata chiamata interpretazione evolutiva qualcosa di ben diverso, considerato che è il nucleo della garanzia di istituto ad evolversi mentre l'interpretazione evolutiva incontra il suo limite nel tenore letterale della norma in quanto con essa “no puede

<sup>34</sup> Si tratta di una interpretazione letterale della norma diametralmente opposta a quella della costituzionalizzazione del paradigma eterosessuale dell'art. 32 già in precedenza sostenuta dalla dottrina spagnola.

<sup>35</sup> Cfr. G. CÁMARA VILLAR, *Derecho al matrimonio*, “Y si no es una mutación contraria a la Constitución es precisamente porque el propio texto de la norma, en su formulación literal, soporta y permite, sin salirse del mismo, la interpretación de que el hombre y la mujer son, por separado y no en su relación, los sujetos del derecho. En definitiva, su literalidad y, por tanto su campo semántico y normativo, comprendería la hipótesis normativa resultante de la mutación. Pero no sólo por esto, sino también, congruentemente, porque una interpretación integrada del texto constitucional lleva a adoptar necesariamente la perspectiva de considerar a la institución desde el prisma que proporciona el valor irradiante de los derechos fundamentales y los principios que los sustentan (dignidad de la persona, libre desarrollo de la personalidad, no discriminación por razón de la orientación sexual, principio promocional de la igualdad de las personas y de los grupos en que se integran)”.

<sup>36</sup> Si sofferma sul problema della reversibilità dei diritti fondamentali R. IBRIDO, in *Ritorno alla comparazione*, cit.

hacersele decir a la norma lo contrario de lo que dice”. L’obiezione di Aragón sull’interpretazione evolutiva offre la possibilità di rievocare il dibattito italiano degli Anni ’40 che ha coinvolto, come noto, Romano, Betti e Carnelutti<sup>37</sup>. In particolare, può essere interessante mettere in relazione la critica di Aragón con le considerazioni di Romano sull’interpretazione evolutiva rinvenibile nei *Frammenti* quando affermava che “non è l’interpretazione ma l’ordinamento giuridico che è oggetto dell’interpretazione ed è un’erronea trasposizione riferire a questa una qualità o un processo che deve invece riferirsi al primo”. L’attività ermeneutica veniva descritta attraverso la metafora dello specchio, rappresentato dall’intelletto dell’interprete, in cui si riflette l’immagine del diritto vigente<sup>38</sup>. L’analisi di Aragón sembra allora ripercorrere, seppure in parte, il percorso tracciato dal Romano affermando che lo sforzo ermeneutico del *Tribunal* sarebbe dovuto consistere nella *averiguación* della evoluzione del significato dell’istituto. Seppure Aragón non escluda in assoluto l’esistenza di una interpretazione qualificabile come evolutiva, sembra attribuire emergere nel suo voto l’attribuzione di un ruolo di rilevatore – *averiguación* appunto ha tale significato – dell’evoluzione dell’istituto all’attività dell’interprete e la valorizzazione, pertanto, del profilo oggettivistico dell’interpretazione. Il parallelo tra l’opinione di Aragón e Romano non può peraltro essere svolto ulteriormente. Del resto, si potrebbe del pari osservare che secondo una lettura teleologica del suo *voto particular*, la preoccupazione di Aragón sembra essere quella di scongiurare, più in generale, uno straripamento del *Tribunal* verso considerazioni di politica costituzionale: ciò si avverte particolarmente quando afferma: che “... resulta más grave que se hacen afirmaciones generales aplicables a cualquier precepto constitucional que parecen dejar reducido a la nada el caracter normativo de la propia Constitución”.

Come si accennava, solleva del pari diversi spunti di riflessione il voto particolare di Ollero, che rigetta la costruzione della relazione tra istituto e libertà che emerge nella sentenza invocando piuttosto una inversione delle priorità assiologiche: “no me parece acertado tratar a determinadas insituaciones jurídicas como si fueran mero corollario de los derechos y no más bien razón de su fundamento”. Il passo, nell’articolare il rapporto tra dimensione organizzativa della convivenza di cui si afferma la pregiuridicità (“el matrimonio como la familia son realidades antropológicas que el derecho se limita a reconocer”) e dimensione soggettiva sembra particolarmente idoneo a testimoniare le premesse giusnaturalistiche del pensiero di Ollero. Una riflessione più generale sul rapporto tra giusnaturalismo e libertà sarebbe evidentemente scivolosa, e peraltro è stata svolta con tale profondità d’analisi da rendere difficile anche solo un accenno ad essa<sup>39</sup>. Tuttavia, ciò non giustificerebbe di tacere la sottovalutazione che tali approcci testimoniano rispetto alla centralità della dimensione intersoggettiva e relazionale dell’esperienza giuridica e alla premessa antropocentrica della costituzione della quale la sentenza sembra con efficacia farsi interprete, anche attraverso il richiamo della giurisprudenza straniera. Significativo in quest’ottica è il passaggio della sentenza in cui si legge che “... de este modo se da un paso en la garantía de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad que han de orientarse a la plena efectividad de los derechos

<sup>37</sup> Si sofferma su questi autori anche R. IBRIDO, *Ritorno alla comparazione*, cit.

<sup>38</sup> Su questo cfr. A. SCHILLACI, *Diritti fondamentali e parametro di giudizio*, Napoli, Jovene, 201, 297 ss.

<sup>39</sup> Cfr. ancora la recente ricostruzione di A. SCHILLACI, *Diritti fondamentali e parametro di giudizio*, ivi.

fundamentales”. La reazione del filosofo del diritto non potrebbe essere più dura criticando “il predominante radicalismo individualista que dificulta la adecuada articulacion entre instituciones juridicas rebosantes de exigencias sociales y derechos individuales haciendo que los segundos conviertan en irrelevantes a las primeras”. Una posizione, questa, che sconta un comune irrigidimento circa le aspirazioni di autorealizzazione personali di cui si temono la potenzialità disgreganti ma che sottovaluta la saldatura del rapporto tra dignità e principio di libertà che si è venuta inverando nelle costituzioni di democrazia pluralistica<sup>40</sup>. La posizione di Ollero, si diceva, riflette il percorso personale e scientifico dell'autore, non essendo difficile rintracciare nella sua produzione scientifica le tracce delle argomentazioni addotte a fondamento del suo voto discrepante: così è, ad esempio, per l'accusa di un “uso alternativo del diritto”<sup>41</sup> con cui il giudice non sembra risparmiare il Tribunale dall'accusa di muovere da premesse di carattere ideologico.

#### 4. Ulteriori passaggi problematici: adozione, metodo comparativo, cultura giuridica.

Oltre ai passaggi sottolineati in precedenza che presentano profili di continuità con altre sentenze straniere, e a quelli di Aragón e Ollero di cui si sono evidenziati gli elementi di peculiarità, vi sono ulteriori snodi fondamentali nei voti particolari che meritano attenzione.

Tra questi il tema dell'adozione è quello in cui si intravedono particolarmente maggiori unità di vedute tra i giudizi dissenzienti. Il riconoscimento dell'adozione nei confronti delle coppie dello stesso sesso, va rilevato, era stato previsto a livello autonomo nei confronti delle *parejas de hecho* prima che entrasse in vigore la legge 13/2005. Contrariamente, quindi, alla soluzione del legislatore portoghese<sup>42</sup>, la scelta operata dalla l. n. 13/2005 è stata quella di realizzare un superamento coerente e complessivo del paradigma “naturale” della famiglia<sup>43</sup>, consentendo quindi la possibilità di adozione congiunta di minori da parte di coppie dello stesso sesso sposate.

Come noto le norme in materia di adozione sono dirette alla salvaguardia del superiore interesse del minore, garantito dall'art. 39.2 della Costituzione spagnola. Tuttavia, il problema che in sostanza emerge dalla lettura dell'opinione di maggioranza e dei voti particolari ruota

<sup>40</sup> Su questo v. P. RIDOLA, *La dignità dell'uomo e il “principio di libertà” nella storia costituzionale europea*, in *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, Giappichelli, 2010, 77 ss.

<sup>41</sup> Cfr., ad es., La crisis del positivismo jurídico, in *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, 28/1993, 224, 254. Cfr. anche La eterna polemica del derecho natural, in *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, 40/1999, 89 ss.

<sup>42</sup> Al momento in cui si scrive, tuttavia, è in corso di esame presso l'Assembleia da Republica portoghese il progetto di legge (Projeto de Lei 278/XII che *Consagra a possibilidade de co-adoção pelo cônjuge ou unido de facto do mesmo sexo e procede à 23.ª alteração ao Código do Registo Civil*) che introdurrebbe la possibilità di adottare il figlio del partner, sia per le coppie dello stesso sesso sposate che per quelle che hanno stabilito una unione di fatto: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c325276593342734c576c756156684a5358526c65433977616d77794e7a677457456c4a4c6d527659773d3d&fich=pjl278-XII.doc&Inline=true>

<sup>43</sup> Sul paradigma naturale della famiglia cfr. M. R. MARELLA, *Adozione in Digesto delle discipline privatistiche, sez. civ., Agg.*, Torino, Utet, 2000, 1 ss.

intorno all'interrogativo se tale interesse sia meglio preservato tramite una presunzione della sua compressione, che si realizzerebbe in caso di adozione da parte di coppie omosessuali o se invece tale preservazione passi per una valutazione caso per caso, secondo quanto avviene per le adozioni di coppie eterosessuali. Una presunzione di compressione dell'interesse del minore rigettata dal *Tribunal* – come già in precedenza aveva fatto in materia di disciplina delle visite da parte del genitore transessuale. Non solo: sembra che il Tribunal faccia un passo ulteriore affermando che sarebbe incostituzionale la legge che non consentisse una valutazione in concreto dell'interesse del minore ma che si arrestasse a valutare l'orientamento sessuale dell'adottando laddove afferma che “la eventual lesion del art. 39.2 CE vendria dada si la legislaciòn no grantizase que, en el procedimiento de adopciòn, el objetivo fundamental fuese la preservaciòn del interès del menor, circunstancia que no concurre en este caso, en el que la normativa del Còdigo civil establece que la resoluciòn judicial que constituya la adopciòn tendrà siempre en cuenta el interès del menor adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad, idoneidad que nada puede tener que ver con su orientaciòn sexual”.

Un ulteriore snodo problematico della sentenza – che si pone in stretto collegamento con la discussione intorno al concetto di cultura giuridica di cui si dirà a breve – riguarda l'utilizzo dell'argomento comparativo profondamente contestato nei voti particolari: l'opinione di maggioranza, infatti, viene criticata ora in quanto avrebbe fatto un utilizzo arbitrario delle esperienze straniere in quanto si sarebbe dovuto distinguere tra ordinamenti nei quali esiste la garanzia di istituto del matrimonio e quelli in cui non esiste – è il caso del giudice Aragón, che accusa la maggioranza di aver fatto “un uso muy poco discriminatorio” della comparazione, selezionando in sostanza i casi che fanno comodo – ora per l'inidoneità della comparazione a dare fondamento ad una decisione, utilizzabile semmai come elemento di sostegno<sup>44</sup>.

Sembra che la distanza maggiore tra l'utilizzo dell'argomento comparatistico della maggioranza e le critiche dei voti particolari risiedano in un cortocircuito interpretativo che forse può ricondursi a due incomprensioni: la prima attiene alla dimensione teleologica della comparazione, e cioè il ricorso allo strumento comparatistico in tanto sembra avere fondamento in quanto si traduce in un ampliamento delle *chances* di libertà; un suo utilizzo in funzione limitativa delle stesse avrebbe invece un esito contraddittorio. La seconda incomprensione rinvia ad una tradizionale opposizione metodologica della comparazione che vede una visione “modellistica” o “funzionalistica” confrontarsi con una prospettiva diversa che si incentra sulla “comprensione degli itinerari di sviluppo”<sup>45</sup> (“Entwicklungswege”), secondo cui la vera potenzialità euristica della comparazione risiede nello studio dei processi di evoluzione ed orientamento degli istituti giuridici. L'utilizzo della comparazione da parte della maggioranza, infatti, dà l'impressione di non essere tanto teso a ricercare degli specchi nelle

<sup>44</sup> Cfr. al riguardo in particolare il voto del giudice Rodriguez (FJ n. 3): “los argumentos sociológicos, estadísticos, de conveniencia práctica, de derecho comparado e internacional y hasta de justicia efectiva, suelen eludir el verdadero problema jurídico-constitucional, sobre el que hay que operar con conceptos y argumentos de derecho, sin que los que pueden llamarse “meta-jurídicos” tengan otra función que la de reforzar, en su caso, la solución a que se llegue, pero no para fundarla o condicionarla”. Sull'utilizzo dell'argomento comparativo nell'opinione di maggioranza e nei voti particolari cfr. *amplius* R. IBRIDO, *Ritorno alla comparazione*, cit.

<sup>45</sup> Così P. RIDOLA, *Le Corti costituzionali e la comparazione*, in *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit. 246.

esperienze comparate ma piuttosto a porre in rilievo un processo di approfondimento della tutela dell'orientamento sessuale che coinvolge le giurisdizioni internazionali, le istituzioni europee le corti e i legislatori di altri paesi. Posta in quest'ottica la critica contenuta nei voti particolari sembra allora smorzare la sua efficacia.

Il terzo ed ultimo snodo è rappresentato dal concetto di cultura giuridica su cui, come si accennava all'inizio, probabilmente in modo maggiore si è giocata la partita in seno al Tribunal spagnolo; a ben vedere infatti, le stesse accuse relative al concetto di interpretazione evolutiva in realtà possono essere posizionate ad un livello precedente e riguardano l'utilizzo che il TC fa di tale concetto.

Sul punto un primo interrogativo potrebbe riguardare se sia l'utilizzo del concetto in sé oppure la modalità con cui il Tribunale lo abbia trattato ad essere controverso. Ad una critica delle modalità sembra indirizzarsi il voto di Aragón, il quale afferma che l'utilizzo del termine "*desvirtúa el entendimiento común*" del concetto in quanto lo renderebbe sinonimo di "sociologismo giuridico". Sembra più radicale invece il giudizio di Rodríguez, il quale richiede una più attenta riflessione del concetto di cultura giuridica utilizzato nell'opinione di maggioranza, assumendo che la garanzia istituzionale non può essere sottoposta alle reincarnazioni (*avatares*) della cultura giuridica nel tempo.

Nell'opinione di maggioranza per contro si osserva che "esa lectura evolutiva de la constitucion, que se proyecta en especial a la categoria de la garantia institucional, nos lleva a desarrollar la noción de cultura jurídica que hace pensar en el derecho como un fenomeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla". Non potrebbe essere maggiore il disaccordo dalle argomentazioni del Tribunale costituzionale secondo Rodríguez allorché le ragioni che sostengono la mutata sensibilità della società vengono sintetizzata nel "clamor de la calle" al quale il legislatore non può attenersi secondo il magistrato. La critica del ricorso al concetto di cultura giuridica percorre peraltro anche l'opinione di Rivas, di Aragón, di Ollero ed è probabilmente su tale crinale che si può osservare il dislivello più radicale tra maggioranza e voti particolari, emblema di una difficile composizione delle tensioni che ruotano intorno alle potenzialità integrative dell'interpretazione costituzionale da parte di elementi "altri" rispetto a quelli più immediatamente derivabili dalle norme positive. Un esito questo, come si provava a rilevare nel secondo paragrafo, che non sembra essere indipendente rispetto alla comprensione del significato delle dinamiche della soggettività in un quadro di valori che promuove lo sviluppo e l'autorealizzazione individuale. In altri termini sembra potersi profilare un parallelismo tra operazioni di chiusura sul terreno argomentativo e processi che ostacolano la realizzazione personale e l'integrazione all'interno delle società.

Un aspetto quest'ultimo toccato in particolare nel voto di Ollero che accusa il Tribunale di essere incorso nella "fuerza normativa de lo factico" laddove vorrebbe che "determinadas pautas o conductas sociales hayan de condicionar la interpretacion constitucional".

In sintesi, è l'inclusione di elementi, definibili in modo solo approssimativo come "extragiuridici" realizzata dal Tribunale ad essere al centro delle critiche dei voti particolari: la dialettica tra voti particolari e maggioranza sembra quindi delineare la fisionomia di due concezioni opposte di cultura giuridica. Si può in definitiva rintracciare nelle opinioni dissenzianti richiamate un concetto di cultura giuridica inteso come complesso del sapere

tecnico-scientifico, alla cui evoluzione contribuiscono unicamente gli operatori giuridici e che, tuttavia corre il rischio di ridursi all'analisi delle dottrine giuridiche che si sviluppano intorno agli istituti del diritto, e di utilizzare pertanto uno strumentario forse poco proficuo in sede di applicazione giuridica riguardo ad istituti che interrogano nel profondo le dinamiche della soggettività e della convivenza.

Al contrario, una opposta visione del concetto di cultura giuridica caratterizza l'opinione di maggioranza che riconosce l'importanza del dato sociologico e il ruolo svolto dai destinatari delle norme giuridiche nell'interpretazione della costituzione, e invita ad interrogarsi sulla possibile permeazione della lezione häberliana<sup>46</sup> della società aperta degli interpreti della costituzione all'interno della maggioranza del *Tribunal Constitucional*.

---

<sup>46</sup> Al riguardo ci si limita a richiamare *Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozess*, in *Verfassung als öffentlicher Prozeß: Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Berlin, Duncker & Humblot, 1996.